



**Abbildung 3:** Vergleich der effektiven Unternehmenssteuerbelastung auf Ebene einer deutschen Muttergesellschaft bei Geschäftstätigkeit in Deutschland und Österreich

- Die Tarifsenkung reduziert die steuerliche Diskriminierung der Eigen- gegenüber der Fremdfinanzierung nicht nur bei großen Unternehmen, sondern auch bei kleinen und mittelständischen personenbezogenen Unternehmen, bei denen die persönlichen Steuern Entscheidungsrelevanz besitzen. Hierdurch werden steuerliche Impulse zu einer verstärkten Eigenfinanzierung ausgehen und die Eigenkapitalbasis gefördert.
- Der steuerliche Vorteil grenzüberschreitender Investitionen über zentral-osteuropäische Tochtergesellschaften verringert sich signifikant im Vergleich zu Investitionen am Standort Österreich. Für österreichische Unternehmen reduziert sich der Anreiz, Investitionen allein aus steuerlichen Gründen ins Ausland zu verlagern. Die Bereitschaft Realinvestitionen und somit arbeitsplatzschaffende Investitionen in Österreich zu tätigen, wird für dort ansässige Unternehmen gefördert, womit auch ein Beitrag für verbesserte Wachstumschancen geleistet wird.
- Bei grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit über Tochtergesellschaften, die in den benachbarten neuen EU-Mitgliedstaaten ansässig sind, sinkt die Steuerbelastung auf Ebene der österreichischen Muttergesellschaft. Der Holding-Standort Österreich gewinnt aus steuerlicher Sicht an Attraktivität. Die neuen Regelungen zur Gruppenbesteuerung sind in den Modellrechnungen nur unvollständig abgebildet und dürften für ausländische Investoren zusätzliche Anreize darstellen, Österreich als Holding-Standort zu nutzen.
- Der komparative steuerliche Wettbewerbsvorteil des Standortes Österreich um deutsche Investoren vergrößert sich mit der Steuerreform.
- Gemessen an den Ergebnissen der Modellrechnungen eignen sich die Maßnahmen der Steuerreform, um die Eingangs genannten Ziele der österreichischen Bundesregierung zu erreichen.

Privatdozent Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Göttingen/Dresden\*

## Machtmissbrauch durch Multimedia? \*\*

Der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmissbrauch

Das Marktverhalten des Quasi-Monopolisten Microsoft beschäftigt seit Jahren US-amerikanische und europäische Kartellbehörden und Gerichte. Dahinter steht die Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von Behinderungsmissbrauch und Produktinnovation auf Märkten der sog. New Economy. Das US-amerikanische Verfahren mündete in einen Vergleich zwischen

Microsoft und dem Department of Justice (DoJ), der am 30. 6. 2004 in zweiter Instanz durch den D.C.

\* Der Autor ist Gastprofessor für Bürgerliches Recht an der TU Dresden. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

\*\* Dieser Beitrag ist meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Immenga, zu seinem 70. Geburtstag am 5. 6. 2004 in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Court of Appeals bestätigt worden ist. Die Europäische Kommission erließ bereits am 24. 3. 2004 eine Aufsehen erregende Missbrauchsverfügung gegen Microsoft, die deutlich über die Anforderungen des US-Vergleichs hinausgreift und jetzt das Europäische Gericht erster Instanz beschäftigt. Diese Verfügung und ihre Bewertung im Kontext rechtsvergleichender und ökonomischer Betrachtungen ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

## I. Einleitung

Das Gemeinschaftskartellrecht ist im Umbruch begriffen. Die neue KartellVO Nr. 1/2003 und die neue FusionskontrollVO Nr. 139/2004 haben mit In-Kraft-Treten am 1. 5. 2004 durch Einführung des Prinzips der Legal Ausnahme in das Gemeinschaftskartellrecht bzw. des SIEC-Tests in das Fusionskontrollrecht erhebliche Veränderungen bewirkt. Anlass, hergebrachte kartellrechtliche Denkmuster diesseits wie jenseits des Atlantiks zu überdenken, geben aber auch aktuelle Entwicklungen auf den Märkten der sog. New Economy<sup>1</sup>. Neben der Frage der kartellrechtlichen Behandlung so genannter „Internet-Marktplätze“<sup>2</sup> rückt dabei in letzter Zeit verstärkt das Verhältnis von Produktinnovation und Behinderungsmissbrauch auf den dynamischen Märkten für Computerhardware und -software in den Mittelpunkt des Interesses<sup>3</sup>. Geradezu exemplarisch für diese Problematik sind die Auseinandersetzungen des Softwaregiganten Microsoft mit den Kartellbehörden der USA und der Europäischen Union.

## II. Chronologie des Microsoft-Falles

### 1. US-Verfahren

In den USA hatten das DoJ, der District of Columbia und 19 weitere Bundesstaaten Microsoft in einer kartellrechtlichen Klage vorgeworfen, durch Integration des Microsoft Internet Explorers (sog. „Browser“) in Windows und eine Reihe begleitender Praktiken gegen das Kartellverbot der Sec. 1 und das Monopolisierungsverbot der Sec. 2 des Sherman Act verstoßen zu haben<sup>4</sup>. Der in erster Instanz zuständige Bundesbezirksrichter *Jackson* hatte im Jahre 2000 Verstöße gegen Sec. 2 Sherman Act durch Monopolisierung des Marktes für PC-Betriebssysteme und durch versuchte Monopolisierung des Marktes für Internetbrowser sowie einen Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act durch verbotene Koppelung von Browser und Betriebssystem festgestellt und eine Entflechtung Microsofts angeordnet<sup>5</sup>. Der D.C. Court of Appeals bestätigte ein Jahr später zwar den auf verschiedenen (teils geradezu haarsträubenden) Missbrauchspraktiken Microsofts beruhenden Monopolisierungsvorwurf in Bezug auf den Markt für PC-Betriebssysteme<sup>6</sup>, doch hielten die Berufungsrichter die Feststellungen von Richter *Jackson* in Bezug auf die versuchte Monopolisierung des Browsermarktes für unzureichend und wiesen auch dessen Auffassung zurück, die Verbindung von Betriebssystem und Browser verletze per se das kartellrechtliche Koppelungsverbot. Schließlich hob das Berufungsgericht auch die Rechtsfolgenanordnung des Bundesbezirksgerichts vollständig auf<sup>7</sup>.

Das DoJ verzichtete darauf, den Koppelungsvorwurf weiter zu verfolgen. Mit Blick auf den Monopolisierungsvorwurf kamen das DoJ und die Mehrzahl der Bundesstaaten zu einer Einigung mit Microsoft, die in einen im November 2001 vereinbarten und ein Jahr später gerichtlich bestätigten Vergleich mündete. Darin verpflichtete sich Microsoft u. a. zur

Offenlegung bestimmter Schnittstelleninformationen, um der Serversoftware anderer Hersteller die Zusammenarbeit mit den aktuellen Microsoft Betriebssystemen zu ermöglichen. Außerdem erlaubte es Microsoft den PC-Herstellern (auch: „Original Equipment Manufacturers“ oder kurz: „OEMs“), bei der Installation von Windows auf neuen PCs die Startmenü-Links und Desktop-Icons zum Internet Explorer und zu anderen Microsoft-Programmen zu entfernen und vergleichbare Programme von Drittanbietern zum Standard-Programm zu machen („OEM configuration flexibility requirement“). Die Hersteller dürfen die Microsoft-Programme jetzt also gleichsam „verstecken“<sup>8</sup>. Die Anträge des Staates New York und einiger anderer Bundesstaaten, Microsoft zum Angebot einer Windows-Variante zu verpflichten, aus welcher auch der Programmcode dieser Microsoft-Programme entfernt worden sei („code removal requirement“), wies die nunmehr zuständige Bundesbezirksrichterin *Kollar-Kottelly* im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Vergleichs mit Nachdruck zurück. Das Verfahren habe gezeigt, dass selbst die Sachverständigen keine klare Grenze zwischen Betriebssystem und Anwendungssoftware ziehen könnten. Zudem sei es ständige Rechtsprechung, dass es den Gerichten nicht zustehe, Produkte „umzudesignieren“. Vor allem aber sei deutlich geworden, dass wettbewerblichen Bedenken gegenüber einer Verbindung von Betriebssystem und Internet Explorer hinreichend durch ein „OEM configuration flexibility requirement“ Rechnung getragen sei. Schließlich werde jeder Hinweis darauf, dass die Einräumung der OEM-Flexibilität unzureichend sei, jedenfalls durch den „klaren und sicheren Schaden“ überwogen, den ein „code removal requirement“ dem Anbieter von Internet-Inhalten, den Konsumenten und dem „ganzen Personal-Computer Ökosystem“ zufügen würde<sup>9</sup>.

Die Berufung des Staates Massachusetts gegen diese Entscheidung wurde vom D.C. Court of Appeals am 30. 6. 2004 in allen Punkten zurückgewiesen. Die Berufungsrichter lobten sogar ausdrücklich die Beschränkung der erstinstanzlichen Entscheidung auf ein „OEM configuration flexibility requirement“: „The district court fashioned a remedy aimed at reducing the costs an OEM might face in having to support

1 Der New Economy lassen sich jedenfalls die Software-Industrie, die Internet-Dienstleister sowie diejenigen Unternehmen zuordnen, die Kommunikationsdienstleistungen oder Hardware für die beiden erstgenannten Bereiche anbieten, vgl. *Posner*, Antitrust Law, 2. Aufl. 2001, S. 245.

2 Dazu etwa *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733 ff.

3 Dazu monographisch *Fleischer*, Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation, 1997 sowie jüngst *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, 2004.

4 Der Erlass eigenständiger Kartellverfügungen ist dem DoJ nicht möglich. Zum US-Verfahren in erster Instanz vgl. *Meier-Wahl/Wrobel*, WuW 1999, 28 ff. und *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705 ff.; ausführliche Informationen zum US-Verfahren bietet (nach kostenfreier Anmeldung) auch die Webpage der Washington Post: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/business/specials/microsofttrial/index.html>.

5 Vgl. *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F.Supp.2d 9 „Finding of Facts“, 30 „Conclusion of Law“ und 59 „Final Judgement“ (D.D.C. 1999/2000).

6 Dazu das „Finding of Facts“ (Fn. 5) sowie *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623, 626 f.

7 Vgl. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) = <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/microsoftorder.pdf>; auszugsweise auch in WuW/E KRInt 21 ff. dazu eingehend *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623 ff.; *Gey*, WuW 2001, 933 ff. sowie die Webpage des DoJ: [http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms\\_index.htm](http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm).

8 Siehe dazu <http://www.usdoj.gov/atr/cases/t200400/200451.htm> (endgültiger Vergleichsvorschlag) und <http://www.dcd.uscourts.gov/98-1232cr.pdf> (gerichtliche Bestätigung). Siehe auch Zusammenfassung in (2003) E.C.L.R., Vol 4., N-70 f.

9 Vgl. Memorandum Opinion zur Entscheidung *State of New York v. Microsoft, Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), S. 127 ff. = <http://www.dcd.uscourts.gov/Lit11-1.pdf>.

multiple internet browsers. The court thereby addressed itself to Microsoft's efforts to reduce software developers' interest in writing to the Application Program Interfaces (APIs) exposed by any operating system other than Windows. Far from abusing its discretion, therefore, the district court, by remedying the anticompetitive effect of commingling, went to the heart of the problem Microsoft had created, and it did so without intruding itself into the design and engineering of the Windows operating system. We say, Well done!<sup>10</sup>

## 2. Europäisches Verfahren

Ausgangspunkt des im Jahre 2000 eröffneten Microsoft-Verfahrens der Europäischen Kommission war eine Beschwerde des Konkurrenten Sun, der Microsoft vorgeworfen hatte, unter Missbrauch seiner beherrschenden Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme durch das Vorenthalten erforderlicher Schnittstelleninformationen die Interoperabilität (den gegenseitigen Datenaustausch) zwischen Windows und der Server-Software konkurrierender Anbieter zu behindern<sup>11</sup>. Ein Jahr später kam der Vorwurf hinzu, Microsoft habe das Windows Betriebssystem kartellrechtswidrig mit dem Programm „Windows Media Player“ gekoppelt und dadurch Wettbewerb, Innovation und Kundenauswahl auf dem Markt für „Streaming Media Player“, d. h. für Programme zur Wiedergabe digitaler, teils „gestreamter“ (d. h. „live“ über das Internet zum Konsumenten übermittelter) Inhalte beschränkt<sup>12</sup>.

Nach dem Scheitern ihrer Vergleichsverhandlungen mit Microsoft erließ die Europäische Kommission am 24. 3. 2004 eine kartellrechtliche Missbrauchsverfügung auf der Grundlage des Art. 82 EG (noch in Verbindung mit der KartellVO Nr. 17/62). Darin verhängte sie ein Rekordbußgeld in Höhe von rund 497,2 Mio. Euro gegen Microsoft und gab dem Softwaregiganten auf, binnen 120 Tagen durch Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen die volle Interoperabilität der Microsoft Betriebssystem-Software mit den Serverprogrammen anderer Hersteller zu ermöglichen und sogar schon binnen 90 Tagen neben der Komplettversion von Microsoft Windows XP mit dem Windows Media Player eine Betriebssystem-Variante anzubieten, aus welcher der Windows Media Player und die diesem zugrunde liegende Windows Media Architektur vollständig entfernt worden sei<sup>13</sup>.

Microsoft hat am 7. 7. 2004 beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Kommission erhoben<sup>14</sup> und gut zwei Wochen später zusätzlich die Aussetzung ihres Vollzugs bis zur Entscheidung in der Hauptsache beantragt<sup>15</sup>. In Ermangelung einer aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsmittel hat Microsoft das Bußgeld zunächst fristgerecht unter Vorbehalt gezahlt<sup>16</sup>. Den Vollzug der beiden anderen Verfügungen hat die Kommission bis zu der (für September 2004 erwarteten) Entscheidung des EuG über den einstweiligen Rechtsschutz erst einmal freiwillig ausgesetzt<sup>17</sup>. Mit einer Entscheidung in der Hauptsache wird erst in mehreren Jahren gerechnet<sup>18</sup>.

## III. Erste Bewertung der Bestandteile der Missbrauchsverfügung

### 1. Bußgeld

Das Bußgeld von fast 500 Mio. Euro ist das höchste, das die Kommission jemals im Rahmen einer kartellrechtlichen

Missbrauchsverfügung gegen ein einzelnes Unternehmen verhängt hat<sup>19</sup>. Im Verhältnis zu Microsoft dürfte es aber trotzdem eher symbolischen Charakter haben. Microsoft erwirtschaftete allein im Bilanzjahr Juni 2002 bis Juni 2003 aus einem weltweiten Umsatz von fast 31 Mrd. Euro einen Gewinn von rund 12,6 Mrd. Euro<sup>20</sup>, und es verfügte Ende 2003 über flüssige Reserven von über 50 Mrd. US\$ (43 Mrd. Euro)<sup>21</sup>. Es konnte das Bußgeld also trotz der auf den ersten Blick immensen Höhe im wahrsten Sinne des Wortes „aus der Portokasse“ bezahlen.

### 2. Offenlegung der Schnittstelleninformationen

Das Gebot zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen trifft Microsoft bereits deutlich härter. Die Kommission sieht den Microsoft-Fall auf einer Linie mit den EuGH-Entscheidungen zur kartellrechtlich verbotenen Lieferverweigerung<sup>22</sup> und insbesondere mit der unter dem Stichwort „Essential-Facilities-Doktrin“ berühmten Entscheidung „Magill“. Darin hatte der EuGH entschieden, dass die Ausübung des Urheberrechts durch ein marktbeherrschendes Unternehmen „unter außergewöhnlichen Umständen“ einen Machtmissbrauch darstellen könne<sup>23</sup>. Die Kommission hat solche „außergewöhnlichen Umstände“ für den vorliegenden Sachverhalt insbesondere aus der mutmaßlichen Unverzichtbarkeit der Schnittstelleninformationen für ein Verbleiben auf dem Markt für Serversoftware abgeleitet<sup>24</sup>. Ihre Rechtsfolgenanordnung entspricht – obgleich sie im Detail deutlich darüber hinausgeht – im Grundsatz den Offenlegungspflichten, die Microsoft bereits Ende 2001 im Vergleich mit der US-Regierung übernommen hatte<sup>25</sup>. Insbe-

10 Massachusetts v. Microsoft Corp., D.C. Court of Appeals, No. 98cv01233, 15, im Volltext abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f204400/204468.pdf>; siehe auch F.A.Z. v. 2. 7. 2004, 16, „Microsoft gewinnt Berufung im amerikanischen Kartellstreit“.

11 Zur Vorgeschichte vgl. die Microsoft-Entscheidung der Kommission vom 24. 3. 2004 (im Folgenden „Microsoft-Entscheidung“) Rdnr. 3 ff.; zum Begriff der „Interoperabilität“ siehe ebenda Rdnr. 30 ff. und S. 298. Der 302 Seiten umfassende Volltext der Entscheidung wurde in der verbindlichen englischen Fassung nach Entfernung der vertraulichen Informationen am 21. 4. 2004 auf der Website der Kommission veröffentlicht: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>; auszugsweise auch in WuW/E EU-V 931 ff.

12 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 60 ff. (Digitale Medien), Rdnr. 107 ff. (Digitale Medien-Industrie) und Rdnr. 402 ff. (Marktabgrenzung im Sinne eines Marktes für Streaming Media Player).

13 Ausführlicher Entscheidungstenor siehe Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), S. 298 ff.

14 Vgl. <http://www.welt.de/data/2004/06/09/288712.html>, 9. 6. 2004 („Microsoft reicht Klage gegen EU ein“).

15 Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48621>, 25. 6. 2004 („Microsoft beantragt Aussetzung von EU-Geldbuße und -Auflagen“).

16 Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48791>, 1. 7. 2004 („Microsoft bezahlt Brüsseler Rekordbußgeld“); F.A.Z. v. 3. 7. 2004, 16 („Microsoft zahlt Bußgeld“).

17 Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48643>, 27. 6. 2004 („EU-Kommission setzt Forderungen an Microsoft aus“); F.A.Z. v. 28. 6. 2004, 11 („Auflagen gegen Microsoft ausgesetzt“).

18 Vgl. F.A.Z. v. 29. 6. 2004, 17 („Microsoft gewinnt Zeit“).

19 Rechtsgrundlage für den Erlass des Bußgeldes war der auf Art. 83 Abs. 2 Buchst. a) EG basierende Art. 15 Abs. 2 der VO 17/62. Das Bußgeld hätte nach dieser Norm sogar bis zu 10% des Jahresumsatzes im letzten Geschäftsjahr betragen können.

20 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 1.

21 Vgl. *Krim*, The Washington Post v. 19. 3. 2004, E01 („Microsoft Is Facing Long-Term Adjustment“).

22 Insbesondere EuGH, 6. 3. 1974 – verb. Rs. 6 und 7–73, Slg. 1973, 223 – Commercial Solvents und EuGH, 3. 11. 1985 – Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 – Télémarketing.

23 EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 50 – Magill (RTE und ITP).

24 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 585 ff.

25 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 688 ff.

sondere hat die Kommission Microsoft nicht verpflichtet, den geheimen Windows-Quellcode offen zu legen<sup>26</sup>.

Kurz nach Verkündung der Entscheidung hat sich der Wettbewerber Sun, der den Stein ins Rollen gebracht hatte, in den USA mit Microsoft geeinigt und eine kartellrechtliche Privatklage gegen Microsoft zurückgenommen<sup>27</sup>. Dies macht die Kommissionsentscheidung zwar nicht gegenstandslos, denn das Kartellrecht schützt in erster Linie den Wettbewerb und nicht einzelne Wettbewerber<sup>28</sup>. Doch erscheint aus anderen Gründen zweifelhaft, ob die Offenlegungsverfügung einer Nachprüfung durch den Europäischen Gerichtshof standhalten wird. Der EuGH hat wenige Wochen nach Verkündung der Microsoft-Entscheidung im Urteil „IMS Health GmbH“ seine sehr restriktive, bereits die „Bronner“-Entscheidung<sup>29</sup> prägende Linie zur Anwendung der „Essential-Facilities-Doktrin“ fortgesetzt und auf einen Fall übertragen, dem (wie „Magill“) eine Lizenzverweigerung zugrunde lag<sup>30</sup>. Die komplexen und grundsätzlich wichtigen Fragen nach dem Verhältnis von Urheberrecht und Kartellrecht und nach der Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf ein Unternehmen, das einen urheberrechtlich geschützten Standard kontrolliert, werden zusammen mit der „IMS Health GmbH“-Entscheidung in einem gesonderten Beitrag behandelt werden.

### 3. Entkoppelung von Windows Betriebssystem und Windows Media Player

Das auf den ersten Blick vergleichsweise unbedeutende Gebot, Microsoft Windows vom Windows Media Player zu „entkoppeln“, trifft die Microsoft Corporation ins Mark, denn es stellt die von Microsoft seit MS-DOS-Zeiten verfolgte Kernstrategie infrage, Produkte, die der Dominanz von Microsoft auf dem Markt für PC-Betriebssysteme gefährlich werden könnten, in das Microsoft-Betriebssystem zu integrieren und dadurch das Betriebssystem-Monopol zu verteidigen. Folgte das Imperium Romanum zur Sicherung seiner Macht dem Grundsatz „Divide et impera“ („Teile und Herrsche“), so erreichte Microsoft sein Ziel gleichsam umgekehrt nach der Maxime „Coniunge et impera“ („Verbinde und Herrsche“).

Es ist erklärtes Ziel der Kommission, diese Praxis nicht nur in Bezug auf den Windows Media Player zu vereiteln, sondern zugleich auch einen Präzedenzfall für die Integration künftiger Anwendungsprogramme in das Windows Betriebssystem zu schaffen<sup>31</sup>. Die Wettbewerber stehen bereits in den Startlöchern. Der Kommission liegen nach Presseberichten bereits vergleichbare Beschwerden in Bezug auf den MSN Messenger, das E-Mail-Programm Outlook Express und das Programm Movie Maker vor<sup>32</sup>. Zudem erscheinen Microsofts Pläne zur Integration weiterer Funktionen in die nächste Windows Generation „Longhorn“ – namentlich von Sicherheitssoftware (Wurm- und Virens Scanner) und von erweiterten Suchfunktionen nach dem Muster der Suchmaschine Google – akut gefährdet<sup>33</sup>.

Aus der Sicht Microsofts kommt erschwerend hinzu, dass die europäische Verfügung auch in ihrer Rechtsfolgenanordnung wesentlich weiter geht als die Parallel-Regelung des US-Vergleichs. Hatten sich das DoJ und Richterin *Kollar-Kottelly* damit zufrieden gegeben, den PC-Herstellern (OEMs) bei der Installation von Windows auf neue PCs mehr Freiheit einzuräumen („OEM configuration flexibility requirement“), so verlangt die Kommission die vollständige Löschung des Windows Media Players und der ganzen

Windows Media Architektur aus einer Windows-Variante. Sie implementiert damit das in den USA von DoJ und Gericht einhellig verworfene „code removal requirement“<sup>34</sup>. US Assistant Attorney General *R. Hewitt Pate* betonte denn auch in einer ersten Stellungnahme des DoJ, die Kommissionsentscheidung laufe Gefahr, Innovation und Wettbewerb abzukühlen und letztlich nicht den Wettbewerb, sondern nur einzelne Wettbewerber zu schützen<sup>35</sup>. Der Vorwurf des „Machtmissbrauchs durch Multimedia“ (d. h. durch Integration von Programmkomponenten zur Wiedergabe multimedialer Inhalte in Windows) erweist sich vor diesem Hintergrund als wohl nicht nur wirtschaftlich bedeutsamer, sondern auch rechtlich umstrittenster Aspekt der Entscheidung.

### IV. Machtmissbrauch durch Integration des Windows Media Players?

Rechtsgrundlage für die Entkoppelungsverfügung der Kommission ist das Machtmissbrauchsverbot des Art. 82 des EG-Vertrages. Ihre Rechtmäßigkeit setzt viererlei voraus:

1. muss das Gemeinschaftskartellrecht überhaupt auf das fragwürdige Verhalten anwendbar sein,
2. muss Microsoft Verbotsadressat des Art. 82, d. h. ein Unternehmen sein, das über eine marktbeherrschende Stellung verfügt,
3. muss es seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt haben und
4. muss die Kommission hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ der Entscheidung die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten haben.

#### 1. Anwendbarkeit des Gemeinschaftskartellrechts

In einer Pressekonferenz am 24. 3. 2004 wies Microsofts Senior Vice President *Brad Smith* darauf hin,

- dass Microsoft ebenso wie die betroffenen Wettbewerber US-amerikanische Unternehmen seien,
- dass es um US-amerikanische Software gehe und
- dass die kartellrechtlichen Fragen bereits Gegenstand eines US-amerikanischen Vergleichs gewesen seien<sup>36</sup>.

Er stellte damit indirekt die Zuständigkeit der Europäischen Kommission infrage. Zu Unrecht: Nach dem Auswirkungs-

26 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 568 ff. und 1004.

27 Vgl. F.A.Z. v. 3. 4. 2004, 15 („Sun Microsystems macht reinen Tisch mit Microsoft“).

28 Von Praktikern wurde der Einigung mit Sun gleichwohl ein Vorbildcharakter für eine mögliche gerichtliche Einigung mit der Kommission beigemessen, vgl. Netzzeitung v. 6. 4. 2004 („Montis Microsoft-Entscheidung wankt“), <http://www.netzeitung.de/servlets/page?section=784&item=280655>.

29 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner.

30 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 (in diesem Heft) – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG.

31 Vgl. Erklärung von Kommissar *Monti* vom 18. 3. 2004, IP/04/365 sowie Presseerklärung der Kommission vom 24. 3. 2003, IP/04/382, S. 4.

32 Vgl. *Yoshida*, EE Times v. 26. 3. 2003, <http://www.eetimes.com/story/OEG20040326S0010> („EU-Urteil gegen Microsoft setzt Präzedenzfall“).

33 Vgl. *Krim*, The Washington Post v. 19. 3. 2004, E01 („Microsoft Is Facing Long-Term Adjustment“).

34 Siehe Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 1011 ff.; zum US-Verfahren siehe oben bei Fn. 9.

35 Siehe [http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2004/202976.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm).

36 Siehe <http://www.microsoft.com/presspass/legal/european/03-24steveballmer-us.asp>.

prinzip des internationalen Gemeinschaftskartellrechts ist nicht entscheidend, wo die potenziellen Kartellrechtsverletzer ihren Sitz haben, oder wo sie ihre Taten begehen, sondern allein, ob sich diese Taten auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und damit auf den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt auswirken können<sup>37</sup>. Solche Auswirkungen sind hier evident. Dass das DoJ in Anwendung des US-Antitrustrechts bereits Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs in den USA ergriffen hat, steht einem Tätigwerden der Europäischen Kommission nach Art. 82 EG zum Schutz des Wettbewerbs in der Europäischen Union ebenfalls nicht entgegen. Der Grundsatz „ne bis in idem“ findet schon mit Blick auf den unterschiedlichen Schutzgegenstand beider Regelungen keine Anwendung<sup>38</sup>.

## 2. Verbotsadressateneigenschaft Microsofts

Verbotsadressaten des Art. 82 sind nur Unternehmen, die über eine „beherrschende Stellung“ auf einem bestimmten Markt verfügen, d. h. über eine Stellung, die ihnen einen übermäßigen, nicht mehr vom Wettbewerb kontrollierten Verhaltensspielraums verschafft und es ihm ermöglicht, wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt zu verhindern<sup>39</sup>. Ob ein Unternehmen über eine solche Stellung verfügt, ist nach Abgrenzung des relevanten Marktes durch eine wirtschaftliche Gesamtwürdigung zu ermitteln, die ihren Ausgangspunkt traditionell bei der Ermittlung der Marktanteile nimmt<sup>40</sup>.

Microsoft verfügt nach den Feststellungen der Kommission auf dem weltweiten Markt für PC-Betriebssysteme<sup>41</sup> über einen (seit Jahren stabilen und sogar noch wachsenden) Marktanteil von über 90%. Dies indiziert eine beherrschende, ja sogar quasi-monopolartige Stellung<sup>42</sup>. Die eingangs beschriebene überragende Finanzkraft Microsofts verstärkt diese Vermutung. Und auch der aktuelle oder potenzielle Wettbewerb durch Anbieter konkurrierender Betriebssysteme vermag sie nicht zu erschüttern. Zwar ist der Softwaremarkt als Teilbereich der sog. New Economy von besonders hohen Innovationsraten geprägt. Doch hat die Kommission zu Recht den Einwand Microsofts zurückgewiesen, die hergebrachten Kriterien zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung seien für einen solchen Markt schlechthin unangemessen, weil eine marktbeherrschende Stellung in der New Economy aufgrund des hohen Innovationsdrucks immer nur instabil und von begrenzter Dauer sei<sup>43</sup>. Dass eine marktbeherrschende Stellung unter Umständen nur von kurzer Dauer ist, ändert nichts daran, dass der Marktbeherrscher diese Stellung jedenfalls für diesen Zeitraum nicht missbrauchen oder ihn mithilfe von Missbrauchspraktiken verlängern darf. Dass bei Anwendung des Kartellrechts den Besonderheiten der New Economy Rechnung zu tragen ist, versteht sich von selbst. Mit dieser Maßgabe ist das traditionelle Kartellrecht durchaus auch in der Lage, den Wettbewerb auf Märkten der New Economy zu schützen<sup>44</sup>.

Außerdem ist die Marktstellung Microsofts *de facto* keineswegs instabil<sup>45</sup>. Im Gegenteil wird sie durch hohe Marktzutrittsschranken gegenüber dem Zutritt neuer Wettbewerber geschützt. Diese Schranken resultieren

1. aus einer Vielzahl geistiger Eigentumsrechte, über die Microsoft in Bezug auf das Windows-Betriebssystem verfügt,
2. aus hohen Entwicklungskosten für ein neues Betriebssystem bei gleichzeitig nahezu gegen Null gehenden Vielfältigungskosten für die Herstellung weiterer Kopien, und

3. – und vor allem – aus sog. „Netzwerkeffekten“ oder „economies of scale in consumption“.

Ein PC-Betriebssystem wird nämlich (ähnlich wie ein Telefonnetz) erst dann interessant für die Anwender und für die Programmierer von Anwendungssoftware, wenn es eine bestimmte kritische Masse von Nutzern angezogen hat, die aufgrund des einheitlichen Standards Daten miteinander austauschen können<sup>46</sup>. Es wird um so attraktiver, je mehr Personen es nutzen. Dies setzte einen wettbewerblichen Standardisierungsprozess in Gang, der auf dem Markt für PC-Betriebssysteme dazu geführt hat, dass sich ein gleichsam „natürliches Monopol“ oder jedenfalls ein dominanter Standard in Gestalt von Windows etabliert hat („Es kann nur einen geben.“)<sup>47</sup>. Dass ein anderes, technisch überlegenes Produkt Microsoft Windows in absehbarer Zeit „vom Thron stoßen“ könnte, erscheint schließlich

4. auch mit Blick auf die hohen Systemwechselkosten und die dadurch bewirkte „Pfadabhängigkeit“ der Nutzer höchst unwahrscheinlich<sup>48</sup>.

In der Summe verfügt Microsoft daher auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der New Economy über eine (für einen Markt der New Economy sogar ungewöhnlich stabile) beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme.

## 3. Machtmissbrauch im Sinne des Art. 82 EG

### a) Grundsätzliche Überlegungen

Aus der Dominanz von Microsoft auf dem Markt für PC-Betriebssysteme resultiert eine Machtstellung, die es dem Unternehmen ermöglicht, grundsätzlich unabhängig von seinen Wettbewerbern zu agieren. Es hat die Macht, die Wettbewerbschancen seiner Wettbewerber dadurch zu beeinträchtigen, dass es sich klassischer Missbrauchspraktiken i. e. S. bedient, z. B. indem es die von ihm abhängigen PC-Hersteller durch Androhung einer Lieferverweigerung zwingt, nur Microsoft-Programme zu installieren oder indem es durch technische Manipulationen dafür sorgt, dass nur die eigenen Programme reibungslos mit Windows zusammenarbeiten. Es kann die Wettbewerbschancen der Wettbewerber aber auch schon dadurch schmälern, dass es ihnen in Ausübung geistiger Eigentumsrechte den Zugang zu wichtigen Informationen über den Windows-Standard verwehrt<sup>49</sup>. Schließlich ist

37 Vgl. EuGH, 25. 5. 1988 – verb. Rs. 89/85, 104/85 u. a., Slg. 1988, 5193 Rdnr. 16 – Ahlström (Zellstoff).

38 Zu den Grenzen der Anwendung dieses Grundsatzes vgl. *Immenga/Lange*, RIW 2003, 889, 893 m. w. N.

39 Ständige Rspr. seit EuGH, 14. 2. 1978 – Rs. 27/86, Slg. 1978, 207 Rdnr. 63/66 – United Brands.

40 Vgl. EuGH, 13. 2. 1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rdnr. 39 f. – Hoffmann-La Roche.

41 Zur sachlichen Marktangrenzung siehe Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 324 ff.; zur räumlichen Marktangrenzung im Sinne eines Weltmarktes siehe ebenda, Rdnr. 426 f.

42 Zur Marktanteilsanalyse siehe Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 429 ff. 1996 betrug der Windows-Marktanteil 76,4%, seit 1997 konstant über 80% und seit 2000 über 90%. Die nächsten Wettbewerber Apple OS (2,9%) und Linux (2,8%) waren 2002 im Vergleich zu Windows (93,8%) weit abgeschlagen.

43 Vgl. dazu Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 465 ff.

44 So auch nach eingehender Analyse *Posner* (Fn. 1), S. 256.

45 Zur Entwicklung des Window-Marktanteils siehe bereits oben in Fn. 42.

46 Dazu auch *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 709; plakativ *Posner* (Fn. 1), S. 247: „Telephone service is worthless if there is just one subscriber; he has no one to talk to“.

47 Dazu auch *Gey*, WuW 2001, 933, 934.

48 Dazu auch *Posner* (Fn. 1), S. 250.

49 Vgl. dazu oben Abschnitt III.2 (Interoperabilitäts-Problem).

jede Integration neuer Funktionen in das Standardprodukt Windows objektiv geeignet, diese neuen Funktionen ebenfalls zum Teil des Standards zu machen und dadurch die Erwerbchancen von Anbietern funktionsähnlicher „freier“ Programme zu beeinträchtigen.

Dieser Befund kann für Microsoft als Inhaber des Betriebssystem-Standards, abhängig davon, wie weit man den Anwendungsbereich des Kartellrechts fasst, Segen oder Fluch sein. Die These, auf Märkten der New Economy seien Monopole gleichsam der Normalzustand, aber dafür typischerweise nur von kurzer Dauer, weshalb der Wettbewerb eher „um den Markt“ als „auf dem Markt“ stattfindet, mag durchaus zutreffen. Aus ihr den Schluss zu ziehen, man müsse den Gewinner dieses Wettbewerbs (gleichsam als Spiegelbild der Einräumung geistiger Eigentumsrechte) von einer Anwendung des Kartellrechts freistellen, damit er die Früchte seines Sieges ernten könne, würde indes fehlgehen. Auch in der New Economy darf sich ein marktbeherrschendes Unternehmen keiner Missbrauchspraktiken i. e. S. bedienen<sup>50</sup>. Doch ist bereits weniger klar, unter welchen Voraussetzungen der Inhaber eines Standards kartellrechtlich dazu gezwungen werden kann, die (urheberrechtlich allein ihm zustehenden) Früchte seines Erfolgs mit seinen Wettbewerbern zu teilen, um ihnen den Marktzutritt zu ermöglichen<sup>51</sup>. Und nicht weniger fraglich ist schließlich, ob bzw. inwieweit es dem Inhaber eines Standards in Anwendung des Art. 82 EG als „Missbrauch i. w. S.“ untersagt werden kann, diesen Standard durch Teilnahme am Preis-, Qualitäts- und Innovationswettbewerb zu verteidigen oder auszubauen. Genau um diese Frage geht es hier. Bei ihrer Beantwortung sind stets mehrere Märkte im Auge zu behalten:

- Wird durch Integration neuer Funktionen in ein Betriebssystem der Wettbewerb auf einem nachgelagerten Softwaremarkt beeinträchtigt, so rückt naturgemäß dieser Markt in den Mittelpunkt des Interesses.
- Handelt es sich bei dem auf diesem Markt angebotenen Produkt (wie beim Internet Explorer oder beim Windows Media Player) um ein Programm zur Wiedergabe digitaler Inhalte, so sind zusätzlich die wettbewerblichen Auswirkungen auf die (doppelt) nachgelagerten Märkte für diese Inhalte zu beachten.
- Daneben darf freilich auch der (keineswegs nachrangige oder gar zu vernachlässigende) Innovationswettbewerb auf dem Betriebssystemmarkt selbst nicht aus dem Blick geraten<sup>52</sup>.

Bei Prüfung der Frage, ob Microsoft durch Integration des Windows Media Players in das Windows Betriebssystem Art. 82 EG verletzt hat, ist vor diesem Hintergrund zunächst zu gewärtigen, dass das Gemeinschaftskartellrecht weder legal erworbener Macht als solcher noch dem daraus resultierenden Verhaltensspielraum als solchem entgegensteht. Art. 82 verbietet lediglich die *missbräuchliche Ausnutzung* dieses Verhaltensspielraums zur Beschränkung des Wettbewerbs<sup>53</sup>. Er macht die Kommission nicht zu einer zur allgemeinen Marktverhaltenskontrolle berufenen „Regulierungsbehörde für Software und Internet“. Die in erster Linie durch überlegene Produkte und kluge Geschäftspolitik erlangte Marktmacht und Finanzkraft Microsofts und die daraus sowie aus den beschriebenen Netzwerkeffekten resultierenden Wettbewerbsvorteile sind als Resultat des von Microsoft gewonnenen Wettbewerbs um den Markt für PC-Betriebssysteme daher nicht bereits als solche kartellrechtswidrig<sup>54</sup>. Zwar kann ein marktbeherrschendes Unternehmen nach ver-

breiteter Auffassung eine besondere „Marktstrukturverantwortung“ treffen, aufgrund derer es sich im Wettbewerb zurückhalten muss, um nicht den Wettbewerb kleiner Anbieter auf dem Gemeinsamen Markt zu beeinträchtigen<sup>55</sup>. Doch erscheint dieser Ansatz, der sich letztlich doch gegen Marktmacht als solche richtet und eher die Wettbewerber als den Wettbewerb schützt, nicht nur wettbewerbspolitisch zweifelhaft. Er entbehrt außerhalb des Fusionskontrollrechts auch einer hinreichenden Rechtsgrundlage im Gemeinschaftskartellrecht<sup>56</sup>. Es ist daher zu begrüßen, dass der EuGH in jüngeren Entscheidungen wenigstens sehr hohe Anforderungen an die Annahme eines Machtmissbrauchs durch Verletzung einer Marktstrukturverantwortung gestellt hat<sup>57</sup>.

Betrachten wir aber zunächst die Fälle klassischen Ausbeutungs- oder Behinderungsmisbrauchs i. e. S. Ein solcher Missbrauch kann darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Stellung auf dem beherrschten Markt selbst mit wettbewerbswidrigen Mitteln auszubauen oder abzusichern, aber auch darin, dass es diese Machtstellung missbräuchlich ausnutzt, um den Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu behindern oder die Vertragspartner auf diesem Markt auszubeuten (sog. „leveraging“)<sup>58</sup>.

#### b) Verbotene Koppelung durch Produktintegration als solche?

Die Kommission sieht in der „Koppelung“ von Windows-Betriebssystem und Windows Media Player den Versuch eines solchen Marktmacht-Transfers<sup>59</sup>. Microsoft nutze seine Macht auf dem Betriebssystem-Markt missbräuchlich aus, um seine Wettbewerber auf dem (noch nicht von ihm beherrschten) Markt für Streaming Media Player<sup>60</sup> zu behindern und dadurch den Wettbewerb auf diesem Markt und auf den ihm nachgelagerten Märkten für digitale Dienstleistungen zu beeinträchtigen. Die Kommission beruft sich dafür auf die EuGH-Entscheidungen „Hilti“ und „Tetra Pak II“ und auf das diesen Leitentscheidungen zugrunde liegende, in Art. 82 S. 2 Buchst. d) EG als Regelbeispiel eines Missbrauchsverhaltens normierte kartellrechtliche Koppelungsverbot<sup>61</sup>. Nach Art. 82 S. 2 Buchst. d) EG liegt ein verbotener Machtmissbrauch insbesondere „in der an den Ab-

50 Vgl. dazu (im Ergebnis wie hier) *Wielsch*, (2004) E.C.L.R. No. 2, S. 95, 103 ff.; zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kartellrechts siehe schon oben bei Fn. 44.

51 Diesem Problem wird, wie bereits oben angekündigt, in einem gesonderten Beitrag nachgespürt werden.

52 So schon zu Recht *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 709.

53 So im Ausgangspunkt auch die Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 542.

54 Tendenziell wohl a. A. die Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 878.

55 Vgl. EuGH, 9. 11. 1983 – Rs. 322/81 Slg. 1983, 3461 Rdnr. 57 – Michelin; vgl. auch EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – Magill (RTE und ITP). Ganz in diesem Sinne auch die Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), insb. Rdnr. 961.

56 Art. 82 EG verbietet, wie schon gesagt, bereits seinem Wortlaut nach nur die missbräuchliche Ausnutzung beherrschender Marktmacht. Eingehend und zu Recht kritisch gegenüber der Annahme einer „Marktstrukturverantwortung“ auch *Fleischer* (Fn. 3), S. 68 ff.

57 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 (in diesem Heft) – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG.

58 Vgl. grundlegend EuGH, 13. 2. 1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rdnr. 91 – Hoffmann-La Roche.

59 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 302 ff. und 792 ff.

60 Zur Abgrenzung dieses Marktes siehe Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 402 ff.

61 Siehe Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 792 ff.

schluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“. Der Leitentscheidung „Hilti“ lag die vertragliche Koppelung des Verkaufs von Bolzenschussgeräten an die Abnahme von Bolzen und Kartuschen zugrunde, die auf die Verdrängung selbstständiger Hersteller vom Markt für diese Verbrauchsmaterialien gerichtet war<sup>62</sup>. In „Tetra Pak II“ koppelte ein Hersteller patentierter Verpackungsmaschinen den Verkauf dieser Maschinen vertraglich an die Abnahme von Verpackungskartons und Wartungsdienstleistungen<sup>63</sup>. Nach Auffassung der Kommission liegt der Microsoft-Fall ganz auf der Linie dieser Entscheidungen und ist „in keiner Weise neuartig“<sup>64</sup>.

Eine verbotene Koppelung setzt nach traditioneller Auffassung (diesseits wie jenseits des Atlantiks) viererlei voraus:

1. muss der Verbotsadressat auf dem Markt für das bindende Gut marktbeherrschend sein,
2. müssen bindendes und gebundenes Gut zwei verschiedene Produkte sein,
3. darf das bindende Unternehmen den Abnehmern keine Wahl lassen, das bindende Produkt ohne das gebundene zu erwerben und
4. muss die Koppelung der beiden Produkte den Wettbewerb auf dem Markt für das gebundene Produkt beschränken<sup>65</sup>.

Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung der Kommission vorliegend erfüllt.

Ogleich die Kommission hinsichtlich der Voraussetzungen nahezu wörtlich (wenn auch ohne Quellenangabe) die Microsoft-Entscheidung des D. C. District Court von 2001 zitiert<sup>66</sup>, ist sie gleich zu Beginn ihrer Ausführungen darum bemüht, ihre vom US-Vergleich abweichende Rechtsfolgenanordnung zu rechtfertigen: Der US-Vergleich habe sich letztlich gar nicht mit dem in den USA durch Sec. 1 Sherman Act verbotenen Tying (Koppelung) befasst und deshalb im Gegensatz zur Kommissionsentscheidung auch keine echte Entkoppelungsverfügung enthalten. Das ist richtig und falsch zugleich. In der Tat beschränkt sich der US-Vergleich auf eine Sanktionierung des Monopolisierungsvorwurfs nach Sec. 2 Sherman Act. Doch muss man ergänzen, dass einerseits diese Beschränkung daraus resultiert, dass das DoJ von einer Weiterverfolgung des Tying-Vorwurfs ab sah, nachdem der Court of Appeals die Anforderungen an den Nachweis eines Tying sehr hoch gesetzt hatte, und dass andererseits die Weigerung Microsofts, ein Löschen oder Verstecken seiner Programme zu erlauben, ein Kernelement sowohl des Tying-Vorwurfs als auch des Monopolisierungsvorwurfs bildete<sup>67</sup>. Richtig ist auch, dass Bundesbezirksrichterin *Kollar-Kottely* in einer (von der Kommission zitierten) Fußnote beiläufig angemerkt hat, dass ein „code removal requirement“ eher in einem Koppelungsfall in Betracht käme als in einem Monopolisierungsfall<sup>68</sup>. Doch sollte man ergänzen, dass die Richterin an anderer Stelle das Verlangen einiger Bundesstaaten, ein „code removal“ anzuordnen, unmissverständlich abgelehnt hat, weil sie eine solche Rechtsfolge im Einklang mit dem DoJ<sup>69</sup> und unabhängig von der konkret anzuwendenden Kartellrechtsnorm aus grundsätzlichen Erwägungen für unangemessen und sogar potenziell wettbewerbsschädlich erachtete<sup>70</sup>. Der D.C. Court of Appeals hat sich dieser Auffassung am 30. 6. 2004 in seiner Berufungsentscheidung gegen die gerichtliche Anerkennung des Vergleichs in allen Punkten angeschlossen<sup>71</sup>.

Wenden wir uns aber erst einmal den Voraussetzungen einer kartellrechtswidrigen Koppelung zu. Es erscheint nämlich bereits zweifelhaft, ob hier überhaupt eine Koppelung zweier Produkte im Sinne des Art. 82 S. 2 Buchst. d) EG vorliegt wie in den Rechtssachen „Hilti“ und „Tetra Pak II“. Microsoft bestreitet dies energisch und betont, es vertreibe ein integriertes Gesamtprodukt in Gestalt des multimediafähigen Betriebssystems Windows XP, das seinerseits das Ergebnis einer legitimen und innovativen Produktfortbildung sei<sup>72</sup>. In der Tat ist hier eine differenzierte Betrachtung angezeigt:

- Einerseits kann die Ersetzung einer *vertraglichen* Koppelung durch *technische* Integration nicht bereits als solche eine Anwendung des kartellrechtlichen Koppelungsverbots ausschließen. Eine generelle Freistellung körperlicher oder virtueller Produktintegration würde es Softwareproduzenten wie Microsoft allzu leicht machen, „vollendete Tatsachen“ zu schaffen. Legt man mit der Kommission stattdessen den traditionellen Separate-Demand-Test an und fragt, ob vor der Integration beider Komponenten eine gesonderte Nachfrage nach ihnen bestand, so ist dies rückschauend in Bezug auf PC-Betriebssysteme einerseits und Media Player andererseits un schwer zu bejahen<sup>73</sup>.
- Andererseits kann aber auch nicht jede Integration neuer Programmfunktionen schon als solche ausreichen, um eine nach Art. 82 verbotene bzw. jedenfalls rechtfertigungsbedürftige Koppelung zu begründen. Die statische und letztlich nur auf den Marktzustand vor der Produktintegration abstellende Sichtweise dieses Tests wird den Besonderheiten des Softwaremarktes nicht gerecht, denn dieser Markt ist nicht nur durch ein besonders hohes Innovationstempo gekennzeichnet<sup>74</sup>; permanente Innovation ist auf ihm ein wichtiger Wettbewerbsantrieb, ja geradezu ein „überlebensnotwendiges Muss“<sup>75</sup>. Über einem Innovationsführer, der eine Produktintegration als Erster wagte,

62 EuGH, 2. 3. 1994 – Rs. C-53/92 P, Slg. 1994, I-667 – Hilti.

63 EuGH, 14. 11. 1996 – Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951 – Tetra Pak II.

64 Vgl. Kommission, MEMO/04/70 vom 25. 3. 2003, S. 2: „not in any way novel“ und Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 1057: „the commission is not applying any new rule of law“.

65 So die Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 794.

66 Vgl. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 84 (D.C. Cir. 2001). Dort wird allerdings bei der vierten Voraussetzung nicht nur eine „[for closure of] competition“, sondern eine „[for closure of] a substantial portion of commerce“ verlangt. In den USA sind Koppelungen, die diese Voraussetzungen erfüllen, nach traditioneller Auffassung per se verboten. Allerdings zog der Court of Appeals für den Microsoft-Fall einen die wettbewerblichen Vor- und Nachteile abwägenden Rule-of-Reason-Test vor.

67 So ausdrücklich *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 95f. (D.C. Cir. 2001).

68 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 798 unter Hinweis auf Memorandum Opinion zu *United States v. Microsoft Corp.*, Civil Action No. 98–1232 (CKK), S. 57 Fn. 23 = <http://www.dcd.uscourts.gov/PubIntDeterm11-1.pdf>.

69 Vgl. DoJ-Presserklärung, [http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2004/202976.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm).

70 Vgl. Memorandum Opinion zu *State of New York v. Microsoft, Corp.*, Civil Action No. 98–1232 (CKK), S. 127 ff. = <http://www.dcd.uscourts.gov/Lit11-1.pdf>; siehe schon oben bei Fn. 9.

71 Siehe oben bei Fn. 11.

72 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 800.

73 Vgl. eingehend Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 800 ff.; zu diesem Test auch *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, 1997, Art. 86 Rdnr. 203.

74 Dieses Tempo wird durch die rasante Verbesserung der Computer-Hardware mitbestimmt. Vgl. dazu *Moore's Law*, demzufolge sich die CPU-Geschwindigkeit jedes Jahr und die Speicherkapazität alle zwei Jahre verdoppeln wird (die erste Prognose traf bisher zu, die zweite wurde sogar durch die Realität übertroffen, in der der Speicher sich alle 18 Monate verdoppelt), dazu Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 465 (Fn. 584).

75 Vgl. *Meier-Wahl/Wrobel*, WuW 1999, 28, 31.

schwebte bei einer auf den Marktzustand vor der Integration abstellenden Analyse aber stets das Damoklesschwert des kartellrechtlichen Koppelungsverbots<sup>76</sup>. Eine zu strenge Anwendung des Kartellrechts könnte sich als massives Innovationshindernis erweisen und Wettbewerb und Innovation auf dem Markt für PC-Betriebssysteme zum Schaden der Konsumenten drosseln<sup>77</sup>. Diese Gefahr tritt um so deutlicher hervor, wenn man das hohe Innovationstempo auf den Gebieten der New Economy in Beziehung zur langen Dauer der meisten Kartellverfahren setzt, die sich (wie auch das Microsoft-Verfahren) zumeist über viele Jahre hinziehen. Die Feststellung, dass vor der Integration zwei verschiedene Produkte existierten, rechtfertigt es für sich genommen daher noch nicht, eine technische Integration als (unbeschadet einer besonderen Rechtfertigung) verbotene Koppelung zu werten<sup>78</sup>.

Die Kommission hat dies im Grundsatz anerkannt. Sie verfolgt daher in Anlehnung an die Entscheidung des D.C. Court of Appeals von 2001 einen Rule-of-Reason-Ansatz<sup>79</sup>. Das ist im Ausgangspunkt zu begrüßen, soweit man damit eine partielle Abkehr von der sonst nach US-Recht geltenden und jedenfalls für den Microsoft-Fall evident unangemessenen per-se-Regel gegen Koppelungsgeschäfte bezweckt und die Beweislast für das Vorliegen überwiegender Wettbewerbsnachteile der Kartellbehörde bzw. dem Kläger auferlegt wie das US-Gericht. Allerdings lässt sich das Ergebnis einer solchen Abwägung schwerlich bereits bei der Integration voraussehen. Die Gefahr der Innovationshemmung besteht auch bei Anwendung dieses Tests. Das gilt erst recht, wenn man (wie die Kommission) für die Feststellung einer Koppelung den Separate-Demand-Test anwendet und dann im Rahmen der Rule-of-Reason-Prüfung untersucht, ob es dem Marktbeherrscher gelungen ist, diese Koppelung durch überwiegende wettbewerblich anzuerkennende Gründe zu rechtfertigen<sup>80</sup>.

Sucht man nach einem Test, der einerseits die Anwendung des Kartellrechts auf Fälle technischer Produktintegration nicht schlechthin ausschließt, aber andererseits den beschriebenen Besonderheiten besser Rechnung trägt<sup>81</sup>, so bietet sich eher der in den USA nach wie vor für solche Fälle vorherrschende „plausible benefit“-Test an. Danach stellt eine Verbindung zweier Produkte durch Produktintegration grds. keine kartellrechtlich verbotene Koppelung dar, es sei denn, ihr fehlt jede technologische Rechtfertigung im Sinne eines „plausiblen Vorteils“. Kann das marktbeherrschende Unternehmen solche „plausiblen Vorteile“ glaubhaft darlegen (d.h. technische Effizienzgewinne, die letztlich auch den Nachfragern zugute kommen<sup>82</sup>), so müssen Kartellbehörden und -gerichte das integrierte Produktdesign grundsätzlich „so, wie es ist“, akzeptieren<sup>83</sup>. Anderes gilt nur dann, wenn die Kartellbehörden oder Kläger nachweisen, dass eine technologische Rechtfertigung in Wirklichkeit nicht existiert und dass die Produktintegration daher letztlich nur eine verkappte, gegen den Wettbewerb gerichtete technische Manipulation ist<sup>84</sup>. Eine solche Manipulation wäre beispielsweise anzunehmen, wenn Microsoft durch technische Tricks und ohne erkennbaren legitimen Grund die Funktionsfähigkeit fremder Media Player unter Windows beeinträchtigt hätte. Dies war aber nicht der Fall.

Auf europäischer Ebene könnte man als Ansatzpunkt für einen solchen Test fruchtbar machen, dass Art. 82 S. 2 Buchst. d) die Indizwirkung des Regelbeispiels bei Vorliegen einer „sachlichen Beziehung“ der beiden Produkte entfallen lässt<sup>85</sup>. Microsoft behauptet insoweit,

- dass es den Windows Media Player in effizienz erhöhender Weise in das Windows Betriebssystem integriert habe, was letztlich Softwareautoren, Inhaltenanbietern und Konsumenten zugute komme,
- dass rund 20 Betriebssystemfunktionen unmittelbar vom Windows Media Player abhängen und
- dass die „Multimedialität“ ein entscheidendes, innovatives Qualitätsmerkmal von Windows XP (kurz: eine Produktverbesserung) darstelle<sup>86</sup>.
- Hinzu komme, dass nicht nur Windows, sondern alle modernen Betriebssysteme solche Funktionen enthielten<sup>87</sup>.

Die Kommission sieht dies anders: Der Konkurrent RealNetworks habe gezeigt, dass man den Windows Media Player durchaus aus Windows entfernen könne, ohne dadurch die nicht multimedialen Betriebssystemfunktionen zu beeinträchtigen<sup>88</sup>. Außerdem genieße ein Marktbeherrscher auch hinsichtlich der Integration neuer Funktionen eben nicht die gleiche Freiheit wie andere, vergleichsweise kleine Unternehmen<sup>89</sup>. Mit Blick auf die Vor- und Nachteile der Produktintegration stellt die Kommission darauf ab, dass die Kunden in erster Linie nicht von der Integration des Windows Media Players, sondern von derjenigen irgendeines Media Players profitierten<sup>90</sup> und dass der Umstand, dass die Software- und Inhaltenanbieter darauf vertrauen könnten, die Windows Media Architektur auf jedem PC anzutreffen, wettbewerblich eher gefährlich als vorteilhaft sei, weil er die Gefahr der Monopolisierung der Märkte für digitale Inhalte durch Microsoft begründe<sup>91</sup>.

76 Vgl. *Gey*, WuW 2001, 33, 938; *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623, 629.

77 Vgl. *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 709.

78 Vgl. *Gey*, WuW 2001, 933, 935; sehr deutlich und mit einem plastischen Beispiel aus der Praxis (Koppelungsverfahren gegen IBM wegen des Einbaus von Festplatten in PCs) auch *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89 ff. (D.C. Cir. 2001).

79 Vgl. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 84 ff. (D.C. Cir. 2001); dazu *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623, 629; *Gey*, WuW 2001, 933, 939.

80 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 962 ff. Folgt man dem US-Court of Appeals auch hinsichtlich der Beweislastverteilung, so dürfte der Rule-of-Reason-Test regelmäßig zugunsten des Marktbeherrschers ausgehen. Die Praxis hat die diesbezügliche Prognose von *Gey*, WuW 2001, 933, 939 bestätigt, als das DoJ den Tying-Vorwurf gegen Microsoft infolge der Berufungsentscheidung aufgab.

81 Vgl. dazu eingehend *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89 ff. (D.C. Cir. 2001).

82 Vgl. *California Computer Products v. IBM*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979); *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980); *Automatic Radio Mfg. Co. v. Ford Motor Co.*, 272 F.Supp 744 (D. Mass 1967), affirmed 390 F.2d 133 (1st Cir. 1968), cert. denied, 391 U.S. 914 (1068); s. a. *Fleischer* (Fn. 3), S. 129 ff.; *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 715; *Gey*, WuW 2001, 933, 938.

83 Vgl. *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 950 (D.C. Cir. 1998); *Klein*, Antitrust Bulletin 2001, 71, 94; *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623, 628. Diese Auffassung prägt offensichtlich auch die Argumentation der für den Microsoft-Vergleich in den USA zuständigen Bundesbezirksrichterin *Kollar-Kottely*, siehe oben bei Fn. 9.

84 Zur Beweislastverteilung *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 716; *Fleischer/Körper*, K&R 2001, 623, 629; *Gey*, WuW 2001, 933, 939.

85 In der Kommentarliteratur zu Art. 82 wird dieser Begriff im Sinne „überzeugender technischer oder wirtschaftlicher Gründe“ gedeutet, was dem US-amerikanischen Ansatz nahe kommt, vgl. *Möschel*, in: *Imenga/Mestmäcker*, EG-WbR Art. 86 Rdnr. 205.

86 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 846 ff., 892 ff., 956 ff. und 962 ff. sowie *Brad Smith* in einer Pressekonferenz, vgl. <http://www.microsoft.com/presspass/legal/european/03-24steveballmer-us.asp>.

87 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 821 ff. und 959 ff.

88 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 1026 ff.

89 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 959 ff.

90 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 846 ff. und 956 ff.

91 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 892 ff. und 962 ff.

Der Hinweis Microsofts auf die technische Unmöglichkeit einer Desintegration von Betriebssystem und Media Player kann wohl in der Tat als widerlegt gelten. Doch geht es hier letztlich nicht darum, ob eine Desintegration technisch möglich ist. Kartellrechtlich relevant ist allein, ob das Gericht sie anordnen darf, weil die Integration aus der Sicht der Konsumenten und Inhalteanbieter keine plausiblen technischen Vorteile bietet, sondern eine bloße technische Manipulation zur Behinderung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt ist. An dieser Hürde waren die Sachverständigen im US-Verfahren gescheitert. Es war ihnen nicht gelungen, eine klare Grenze zwischen Betriebssystem und Anwendungssoftware zu ziehen, geschweige denn mit hinreichender Sicherheit tatsächliche Neuerungen von bloßen technischen Manipulationen zu unterscheiden. Den Kartellbehörden und -gerichten selbst dürfte insoweit – abgesehen von Fällen evidenten Manipulation – erst recht der erforderliche Sachverstand fehlen<sup>92</sup>.

Auch die Ausführungen der Kommission erscheinen insoweit nicht überzeugend. Dies gilt um so mehr, als sie Microsoft ausgehend von der Annahme einer grundsätzlich verbotenen Koppelung in der Pflicht sieht, sich zu rechtfertigen. Sicherlich hätte Microsoft sein Betriebssystem auch durch Integration eines anderen Media Players für die Herausforderungen des Multimedia-Zeitalters fit machen können. Doch macht diese hypothetische Alternativlösung die zunächst tatsächlich vorhandene Innovationsleistung Microsofts nicht rückwirkend zur bloßen Manipulation. Dies gilt um so mehr, als auch die Wettbewerber auf dem Betriebssystemmarkt ihre Betriebssysteme mit multimedialen Funktionen aufgewertet haben, ganz einfach, weil die Zeit reif dafür war. Microsoft die Teilnahme an diesem Qualitäts- und Innovationswettbewerb zu verbieten, dürfte den Bogen des Kartellrechts überspannen, dessen Aufgabe es lediglich sein sollte, den Wettbewerb offen zu halten und dadurch Wettbewerbern eine Chance zur Ablösung des Standards aus eigener Kraft (namentlich durch überlegene Produktqualität) zu geben, nicht aber, den Inhaber des Standards an der zeitgemäßen Weiterentwicklung seines Produkts zu hindern, bis er von der Konkurrenz ein- und überholt worden ist. Für die Integration multimedialer Funktionen gilt insoweit nichts anderes als für die Integration der graphischen Benutzeroberfläche, durch die Microsoft sein MS-DOS-Betriebssystem erst zu Windows weiterentwickelte oder für die künftige Integration von Funktionen zur Abwehr der oft gezielt gegen Microsoft-Produkte gerichteten Viren und Würmer. Die Integration des Windows Media Players bietet plausible Vorteile und ist daher eine legitime Weiterentwicklung von Windows und keine verbotene Koppelung. Für sich genommen verletzt sie nicht Art. 82 EG.

#### c) Preissmissbrauch durch „Verschenken“ des Windows Media Players?

Damit ist die kartellrechtliche Analyse freilich noch nicht zu Ende. Ein weiterer Ansatzpunkt für eine Missbrauchsverfügung könnte in dem auf den ersten Blick erfreulichen Umstand liegen, dass Microsoft seinen Windows Media Player gleichsam „verschenkt“. Eine Strategie, die darauf abzielt, Wettbewerber durch eine „Kampfpriesterunterbietung“ (sog. „predatory pricing“), d. h. mithilfe von unter den eigenen Kosten liegenden Preisen, vom Markt zu drängen, ist ein klassischer Anwendungsfall des Missbrauchsverbots<sup>93</sup>. Wenn Microsoft ein Produkt wie den Windows Media Player „verschenkt“, dessen Entwicklung erhebliche Kosten verur-

sacht hat und dessen Konkurrenzprodukte zuvor teilweise kostenpflichtig auf einem gesonderten Markt angeboten wurden, so deutet dies auf den ersten Blick auf eine solche Preissmissbrauchsstrategie hin. Microsoft könnte dem freilich entgegenhalten, dass es einen Gesamtpreis für das integrierte Gesamtprodukt Windows XP fordere. Sieht man die Produktintegration mit der hier vertretenen Auffassung als für sich genommen legal an, so verwandelt sich der Preissmissbrauchsvorwurf in den (nicht nur aus der Perspektive des Kartellrechts) substanzlosen Vorwurf, Microsoft habe Windows verbessert, ohne den Preis dafür zu erhöhen.

Aber selbst wenn man mit der Kommission annimmt, es läge hier eine Koppelung zweier verschiedener Produkte vor, wäre zu berücksichtigen, dass die Wettbewerber Basisversionen ihrer Media Player ebenfalls kostenfrei anbieten bzw. den PC-Herstellern sogar Prämien für deren Vorinstallation auf neue PCs zahlen (also gleichsam einen „negativen Preis“). Dies legt die Vermutung nahe, dass der Wettbewerbspreis für Media Player bei oder sogar unter Null liegt<sup>94</sup>. Das ist in der New Economy gar nicht so ungewöhnlich. So „verschenken“ etwa T-Online und AOL seit jeher (und ohne jeden Druck seitens Microsoft) ihre Internet-Software, weil der Vertrieb dieser Software lediglich ein Mittel zur Förderung des Absatzes ihrer digitalen Dienstleistungen ist. Adobe hält es beim Acrobat Reader genauso. Dass dies bei den Media Playern teilweise anders war, bevor Microsoft anfangs, den Windows Media Player (zunächst durch freie Downloads) zu verschenken<sup>95</sup>, ist zwar richtig. Doch können die Konkurrenten es sich leisten, Basisversionen ihrer Media Player zu verschenken, ohne dadurch in Existenznot zu geraten, weil sie ebenso wie Microsoft auch erhebliche Einnahmen auf den Märkten für die damit abspielbaren digitalen Inhalte erzielen<sup>96</sup>. Was bleibt, ist der Vorwurf, Microsoft habe die Preise auf dem Markt für Media Player „gedrückt“ und dadurch die Gewinne der Mitbewerber geschmälert. Das aber ist für sich genommen kartellrechtlich irrelevant. Schließlich ist anzumerken, dass eine (rein subjektive) Verdrängungsabsicht Microsofts für sich genommen nicht ausreichen würde, um einen Machtmissbrauch zu begründen. Art. 82 strebt nach der Verhinderung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und Ergebnisse, nicht aber abstrakt „wettbewerbswidriger Gedanken“; ganz abgesehen davon, dass eine Verdrängungsabsicht nicht nur schwer nachweisbar, sondern grundsätzlich auch durchaus legitim ist, solange sie mit objektiv legalen Mitteln in die Tat umgesetzt wird<sup>97</sup>.

#### d) Vertriebsbezogener Behinderungsmissbrauch durch OEM-Vertrieb?

Ein dritter Ansatzpunkt für einen verbotenen Behinderungsmissbrauch könnte sich aus Besonderheiten des Vertriebs des Windows-Betriebssystems ergeben. Insoweit steht der Vorwurf im Raum, Microsoft habe seine marktbeherrschende Stellung ausgenutzt, um die Vertriebswege der Wettbe-

92 Siehe oben bei Fn. 9; vgl. auch *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 716; *Gey*, WuW 2001, 933, 939.

93 Vgl. EuGH, 3. 7. 1991 – Rs. 62/86, Slg. 1991, I-3359 Rdnr. 70 ff. – AKZO: Danach sind Preise, die unter den eigenen variablen Kosten liegen sowie grundsätzlich auch Preise über den variablen, aber unter den Gesamtkosten missbräuchlich, wenn sie der Verdrängung eines Konkurrenten dienen.

94 Vgl. *Klein*, Antitrust Bulletin 2001, 71, 82 und 106.

95 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 847.

96 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 856.

97 Zur Bedeutung des „predatory intent“ eingehend *Fleischer* (Fn. 3), S. 110 ff. (z. B. legale Verdrängung der LP durch die CD oder der Schreibmaschine durch den PC).

werber zu verstopfen<sup>98</sup>. Es ist zwar nicht ersichtlich, dass Microsoft die PC-Hersteller (wie noch im „Browserkrieg“ gegen Netscape) vertraglich verpflichtet oder sogar erpresst hätte, ausschließlich den Windows Media Player und keine Konkurrenzprodukte zu installieren oder dass Microsoft sich (wie damals) technischer Manipulationen bedient hätte, um eine Inkompatibilität der konkurrierenden Media Player mit Windows zu erzeugen<sup>99</sup>. Doch bedient sich Microsoft für den Absatz von Windows in erster Linie des sog. „OEM-Vertriebs“ über die PC-Hersteller. Die bei weitem meisten neuen PCs werden von PC-Herstellern wie z. B. IBM, Dell oder Vobis zusammen mit einem Betriebssystem verkauft<sup>100</sup>, und dabei handelt es sich fast immer um Windows<sup>101</sup>. Die meisten Käufer nutzen zunächst die vorinstallierten Programme und gewöhnen sich daran. Aus der Kombination von Produktintegration und OEM-Vertrieb folgt eine Omnipräsenz des Windows Media Players auf nahezu allen neuen PCs. Dadurch wird der Marktzugang für die Wettbewerber zwar nicht verschlossen. Sie können ihre Media Player ebenfalls per OEM-Vertrieb, Download oder Gratis-CD anbieten, und auch die Hersteller sind weder rechtlich noch technisch daran gehindert, neben dem Windows Media Player weitere Player zu installieren. Doch bedeutet eine „Doppelinstallation“ mehrerer Media Player für PC-Hersteller wie Konsumenten zusätzlichen Installationsaufwand und Verlust von Festplattenspeicher. Hinzu kommen zusätzliche Supportkosten, weil die Kunden möglicherweise Support für alle installierten Media Player erwarten und vielleicht sogar durch das Nebeneinander mehrerer weitgehend funktionsgleicher Programme verwirrt werden. Dies macht es für die PC-Hersteller (unbeschadet besonderer Anreize seitens der Microsoft-Konkurrenten) zur ökonomisch vernünftigen Entscheidung, keine weiteren Media Player zu installieren, und Gleiches gilt für die Kunden<sup>102</sup>.

Die Kommission verwendet in diesem Zusammenhang viel Mühe darauf, nachzuweisen, dass den Wettbewerbern kein ebenso effizienter Vertriebsweg zur Verfügung steht wie Microsoft, dessen Windows Media Player automatisch mit dem Betriebssystem auf praktisch jedem PC installiert wird<sup>103</sup>. Daraus resultiere ein signifikanter Wettbewerbsvorteil Microsofts, der geeignet sei, einen nachteiligen Effekt auf die Wettbewerbsstruktur auf dem Markt für Media Player zu haben, weil er in keinem Zusammenhang mit der Qualität des Windows Media Players stehe<sup>104</sup>. Dem ließe sich freilich entgegenhalten, dass Microsoft sich diesen Vorteil sehr wohl verdient hat, indem es den Wettbewerb um den Standard für PC-Betriebssysteme gewonnen hat. Dass nur Microsoft als Inhaber des Standards dazu in der Lage ist, resultiert aus strukturellen Besonderheiten des zu einem „natürlichen Monopol“ neigenden Betriebssystemmarktes. Zwar darf Microsoft diese Wettbewerbsvorteile nicht auch noch durch Missbrauchspraktiken i. e. S. vertiefen und dadurch missbräuchlich ausnutzen<sup>105</sup>, wie es dies in den USA hinsichtlich des Internet Explorers getan hat<sup>106</sup>. Doch trägt die bloße Nutzung eines daraus resultierenden wettbewerblichen Vorteils auf der anderen Seite auch noch nicht ohne weiteres einen verhaltensbezogenen Missbrauchsvorwurf. Dies gilt um so mehr, als Microsoft mit dem OEM-Vertrieb von Windows eine Nachfrage befriedigt, die daraus resultiert, dass die meisten PC-Käufer weder Willens noch in der Lage wären, selbst ein PC-Betriebssystem aufzuspielen oder gar für eine bestimmte Hardware-Ausstattung zu konfigurieren. Auch lässt sich ein solcher Vorwurf nicht ohne weiteres daraus ableiten, dass Microsoft den PC-Herstellern nicht gestattet,

den Windows Media Player zu deinstallieren oder durch Veränderung des Erscheinungsbildes des Windows Desktops zu „verstecken“, denn Programmcode und Erscheinungsbild von Windows sind urheberrechtlich geschützt.

#### e) Missbrauch durch Missachtung einer besonderen Marktstrukturverantwortung?

Durch Kombination von für sich genommen legaler Produktintegration mit für sich genommen legalem OEM-Vertrieb und für sich genommen legaler Ausübung seines Urheberrechts erlangt Microsoft allerdings, in den Worten der Kommission, „a significant competitive advantage, which is liable to have a harmful effect on competition on that [streaming media player] market“<sup>107</sup>. Die Kommission hält es mithin für nicht hinnehmbar, dass Microsoft als Inhaber des Standards bessere Möglichkeiten hat, seinen Media Player zu vertreiben und die Standards für digitale Inhalte zu erobern, als seine Wettbewerber. Sie hält Microsoft daher für verpflichtet, durch Verzicht auf eigene Möglichkeiten für mehr Chancengleichheit auf dem Markt für Streaming Media Player zu sorgen. Dahinter steht letztlich der bereits oben angesprochene und für grundsätzlich zweifelhaft befundene Gedanke einer Marktstrukturverantwortung marktbeherrschender Unternehmen, die ein an sich legales Wettbewerbsverhalten zum Machtmissbrauch mutieren lässt<sup>108</sup>.

Im Koordinatengefüge der aktuellen Kartellrechtsdoktrin erscheint diese Situation noch am ehesten mit den Ausgangssachverhalten der sog. „Essential-Facilities“-Doktrin vergleichbar: Dort geht es um Fälle, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen zugleich rechtmäßiger Inhaber einer für den Zugang zu einem anderen Markt wesentlichen, nicht mit zumutbarem Aufwand duplizierbaren Einrichtung ist<sup>109</sup>. Hier könnte Microsoft als Inhaber des ebenfalls nicht duplizierbaren Betriebssystem-Standards in der Lage sein, durch für sich genommen legale, technische, lizenzrechtliche und vertriebsbezogene Verhaltensweisen effektiv den Zugang zum Markt für Streaming Media Player zu versperren.

Nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung ist zwar auch in einem solchen Fall von der grundsätzlichen Handlungsfreiheit desjenigen auszugehen, der die wesentliche Einrichtung bzw. den Standard kontrolliert<sup>110</sup>. Doch können solche Unternehmen nach Maßgabe der EuGH-Entscheidungen „Bronner“ und „IMS Health GmbH“ „unter außergewöhnli-

98 Zum vertriebsbezogenen Missbrauch vgl. Klein, Antitrust Bulletin 2001, 71, 94 ff.; Wielsch, (2004) E.C.L.R. 95, 103.

99 Dass die Produktintegration als solche eine technische Manipulation ist, lässt sich weder hinsichtlich des Internet Explorers noch des Windows Media Players nachweisen, siehe oben im Abschnitt IV.3.b.

100 Die wenigsten Nutzer sind erfahren genug, um ein Betriebssystem selbst zu installieren, und wenn das Betriebssystem einmal veraltet ist, ist es die PC-Hardware aufgrund des hohen Innovationstempos auf dem PC-Hardwaremarkt regelmäßig auch (vgl. dazu oben in Fn. 74). Neue Betriebssysteme oder Updates werden daher nur von vergleichsweise wenigen Nutzern gesondert gekauft und installiert.

101 Im Jahre 2002 bei rund 94% (114 von 121 Mio. PCs), vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 843.

102 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 849 ff.

103 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 843 ff.

104 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 878 und 891.

105 Dazu bereits oben Abschnitt IV.3.a.

106 Vgl. Nachweise oben in Fn. 6.

107 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 878.

108 Siehe oben Abschnitt IV.3.a.

109 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 43 f. – Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 (in diesem Heft) – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG.

110 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 (in diesem Heft) – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG.

chen Umständen“ besonderen Bindungen unterliegen, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

1. muss das Unternehmen, das Marktzugang begehrt, ein innovatives Produkt anbieten, nach dem eine aktuelle oder potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht,
2. muss die Wettbewerbsbehinderung so massiv sein, dass ein vollständiger Ausschluss des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt droht und
3. darf die Marktzugangversperrung nicht ausnahmsweise durch überwiegende Gründe gerechtfertigt sein<sup>111</sup>.

Dass Microsoft dergestalt in die Verantwortung für die Erhaltung des Wettbewerbs auf dem Streaming Media Player Markt (und der nachgelagerten Märkte für digitale Inhalte) genommen werden könnte, erscheint indes insbesondere mit Blick auf das zweite Kriterium fraglich, denn den Wettbewerbern wird der Marktzugang durch den OEM-Vertrieb von Windows XP (mit Windows Media Player) keineswegs vollständig unmöglich gemacht. Sie können die geringen und oft eher hypothetischen Mehrkosten der PC-Hersteller für die Installation weiterer Media Player durch Qualitätsvorteile ihrer Player und vergleichsweise geringfügige (auch finanzielle) Anreize kompensieren<sup>112</sup>. Und Gleiches gilt für die Märkte für digitale Inhalte, auf denen derzeit einerseits unabhängige Formate (insbesondere MP3 und diverse MPEG-Varianten) dominieren, auf denen andererseits auch die ebenfalls mächtige Medienindustrie einer Dominanz (und damit ihrer eigenen Abhängigkeit) von Microsoft entgegensteuern wird<sup>113</sup>.

#### 4. Inhalt der Missbrauchsverfügung

Abschließend seien noch einige Anmerkungen zum Inhalt der Missbrauchsverfügung gestattet. Geht man mit der Kommission (und damit gegen den hier vertretenen Ansatz) davon aus, dass die Verbindung von Windows und Windows Media Player eine verbotene Koppelung darstellt, so kommen auf der Rechtsfolgenreihe gleichwohl verschiedene Lösungen in Betracht.

- Die erste Variante hat Microsoft selbst vorgeschlagen. Es hat im Rahmen der Vergleichsverhandlungen mit der Kommission angeboten, freiwillig bis zu drei weitere, „fremde“ Media Player nach Wahl der Kommission in Windows XP aufzunehmen und zusammen mit dem Betriebssystem zu vertreiben<sup>114</sup>. Die Kommission hat diesen Vorschlag zu Recht abgelehnt. Da es unmöglich ist, *jeden* Media Player in Windows XP aufzunehmen, wäre diese Lösung auf die behördliche Festschreibung eines Oligopols auf dem Markt für Streaming Media Player hinausgelaufen und hätte die mutmaßliche Wettbewerbsverzerrung Bezug auf Newcomer, die nicht zu den „glücklichen Drei“ gehört hätten, sogar noch verstärkt.
- Die zweite Variante, den PC-Herstellern mehr Freiheit einzuräumen und ihnen das Verstecken des Windows Media Players zu erlauben („OEM configuration flexibility requirement“), ist der Lösungsweg des US-Vergleichs. Die PC-Hersteller können auf diese Weise einen anderen Media Player installieren, diesen Media Player zum Standard-Player machen und auch ihren Support auf diesen Media Player beschränken. Für unerfahrene Nutzer kommt das Verstecken des Windows Media Players einer Deinstallation nahe, und erfahrene Nutzer haben ohnehin keine Probleme mit einer Doppelinstallation. Für die Wettbewerber wird auf diese Weise die Tür zum Markt für Streaming Media Player ein Stück weiter aufgestoßen, ohne die Innovation auf dem Markt für PC-Betriebssystem-

teme zu blockieren oder die geistigen Eigentumsrechte Microsofts über Gebühr zu beeinträchtigen.

- Die Kommission hat die dritte Variante gewählt. Sie hat Microsoft aufgetragen, den Windows Media Player und die dahinter stehende Windows Media Architektur vollständig aus einer Windows-Variante zu entfernen und PC-Herstellern wie Endkunden diese Variante zu keinen schlechteren Preisen und Bedingungen anzubieten als die vollständige Version<sup>115</sup>. Dieses „code removal requirement“ greift wesentlich stärker in geistige Eigentumsrechte und in die Handlungsfreiheit Microsofts ein als die Lösung des US-Vergleichs. Sie wäre daher allenfalls dann verhältnismäßig, wenn sie den Wettbewerb auf dem Markt für Streaming Media Player deutlich besser schützte als der US-Vergleich. Bei realistischer Betrachtung, dürfte jedoch das Gegenteil der Fall sein, denn während der potenzielle Installationsmehraufwand für die PC-Hersteller bei beiden Lösungen praktisch der Gleiche ist, ist der Anreiz, einen fremden Media Player zu installieren, bei der Kommissions-Lösung sogar deutlich geringer. Nach der US-Lösung können die PC-Hersteller ein vollständiges Windows-Betriebssystem inklusive Windows Media Komponenten aufspielen *und* dann trotzdem einen anderen Media Player als Standard einrichten. Dagegen müssen sie nach der Kommissionslösung *entweder* die entkoppelte (unvollständige) Windows-Variante und einen konkurrierenden Media Player *oder* ein (erlaubtermaßen gleich teures) vollständiges Windows mit allen Windows Media Komponenten (und den daraus resultierenden Plattformvorteilen) aufspielen, bei dem sie dann aber mit Blick auf das Urheberrecht Microsofts wohl nicht mehr die Freiheit genießen, einen anderen Media Player in den Vordergrund zu rücken. Es bedarf keiner großen Phantasie, um vorauszusehen, welcher Variante die meisten PC-Hersteller auch ohne Druck von Seiten Microsofts den Vorzug geben werden. Und nichts anderes gilt für die Endkunden, denen die Kommissionsentscheidung die Wahl eröffnet, für das gleiche Geld freiwillig weniger (nämlich eine unvollständige Windows-Variante) zu erwerben. Realistisch betrachtet dürfte diese Lösungsvariante daher weder dem Ziel, den Wettbewerb auf dem Media Player Markt zu beflügeln, noch dem (von der Kommission als Vorteil ihrer Lösung betonten) Ziel näherkommen, die Durchsetzung eines Mi-

111 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 53 ff. – Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 (in diesem Heft) – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG. Diese Fälle werden Art. 82 S. 2 Buchst. b des EG-Vertrages zugeordnet, vgl. *Emmerich*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 12. Lfg. 2003, H.I. Rdnr. 374 ff.

112 Der Speicherplatzbedarf eines weiteren Media Players spielt angesichts moderner Festplattengrößen keine Rolle mehr, und Herstellersupport für die Bedienung eines Media Players nimmt in der Realität kaum jemand in Anspruch, ganz abgesehen davon, dass viele Hersteller einen solchen Support ohnehin den Hilfesuchenden in Rechnung stellen. Eine Untersuchung zu den realen Mehrkosten der PC-Hersteller kommt in Bezug auf den Netscape Browser auf Mehrkosten von 18 US-Cents pro PC (vgl. *Klein*, Antitrust Bulletin 2001, 71, 96). Das ist angesichts von Computerpreisen von mehreren hundert Euro zu vernachlässigen und kann durch finanzielle Anreize kompensiert werden, vgl. dazu bereits oben Abschnitt IV.3.c.

113 Vgl. *Gantenberg* (Jupiter Records) bei *Wilcox*, <http://news.com.com/2100-1023-938997.html> („Digital media: Will Microsoft win again?“): „There’s going to be a huge battle for the content folks. But the content folks, the big record labels and entertainment companies, are reluctant to get into bed with Microsoft.“

114 Vgl. *Brad Smith*, <http://www.microsoft.com/presspass/legal/european/03-24steveballmer-us.asp>.

115 Vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 11), Rdnr. 1011 ff., insb. Rdnr. 1013 Ziffer iii („Discount-Verbot“).

Microsoft-Standards auf den Märkten für digitale Inhalte zu verhindern.

## V. Schlussbemerkung

In der Summe haben die US-Behörden und US-Gerichte in ihrem Vergleich mit Microsoft mehr Augenmaß bewiesen als die Europäische Kommission, die mit ihrer Verfügung zwar ehrenwerte Ziele verfolgt hat, aber gleichwohl über das wirtschaftlich sinnvolle und rechtlich zulässige Maß hinaus-

geschossen ist. Der Genugtuung, „es Microsoft endlich einmal gezeigt zu haben“, dürfte daher bald die Ernüchterung vor dem Europäischen Gerichtshof folgen.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> Zwar ist mit einer rechtsverbindlichen Entscheidung in der Hauptsache erst in mehreren Jahren zu rechnen, doch wird angesichts der rasanten Entwicklung des Softwaremarktes faktisch die bereits im September 2004 erwartete Entscheidung des EuG über den einstweiligen Rechtsschutz den konkreten Fall abschließen. Wenn das EuG, wie zu erwarten ist, zugunsten von Microsoft entscheidet, dann ist, wie in Brüssel zu Recht betont wurde, „die Luft aus diesem Microsoft-Fall praktisch draußen“, zitiert nach F.A.Z. vom 29. 6. 2004, S. 17, „Microsoft gewinnt Zeit“.

Rechtsanwalt Dr. Kurt Kiethe, München\*

# Schadensersatzansprüche konkurrierender Wettbewerber bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen im Sinne von Art. 87 EG

Die rechtswidrige Vergabe von Beihilfen im Sinne der Art. 87, 88 EG benachteiligt konkurrierende Wettbewerber des beihilfebegünstigten Unternehmens. Diese können wegen des erlittenen Wettbewerbsnachteils Schadensersatzansprüche gegen das beihilfebegünstigte Unternehmen, den beihilfegewährenden Mitgliedstaat, unter Umständen aber auch gegen die Kommission geltend machen. Eine ausgeprägte Klagebereitschaft ist in der Praxis dennoch nicht zu erkennen, im Gegenteil, man gewinnt den Eindruck, dass die benachteiligten Unternehmen vor der Materie des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts und den Beweisproblemen bei der prozessualen Durchsetzung an sich berechtigter Schadensersatzansprüche kapitulieren. Die prozessuale Beweisproblematik ist nicht von der Hand zu weisen, allerdings ist sie bei korrekter Anwendung des zivilprozessualen Beweisrechts durch die Gerichte durchaus geringer als sie erscheint. Die Beihilfenaufsicht der Kommission schützt die Konkurrenten nur unzureichend, diese sollten daher selbst aktiv ihre Rechte wahrnehmen.

## I. Einführung

Staatlichen Beihilfen im Sinne der Art. 87, 88 EG kommt im Wettbewerb eine äußerst wichtige Bedeutung zu, nicht nur im Wettbewerb der Unternehmen untereinander, sondern auch im Wettbewerb von Staaten, Ländern und Kommunen um die Ansiedlung von Unternehmen bzw. Investoren. 2002 gewährten die Mitgliedstaaten Beihilfen in einem Umfang von etwa 49 Mrd. €. <sup>1</sup> Die Bedeutung der Beihilfepraxis dürfte angesichts der jüngst vollzogenen EU-Erweiterung <sup>2</sup> noch mehr ins Blickfeld geraten. Insbesondere die neuen EU-Staaten im Osten Europas haben in puncto Privatisierung einen enormen Aufholbedarf bei der Ansiedlung privater Unternehmen bzw. Investoren. Gerade diese Staaten werden Unternehmen und Investoren mit umfangreichen Beihilfen im Sinne des Art. 87 EG werben. <sup>3</sup>

Für staatliche Stellen mag es zunächst durchaus verlockend sein, Beihilfen unter Verstoß gegen die Art. 87, 88 EG an Neuinvestoren auszureichen, um diese jedenfalls erst einmal anzusiedeln. Durch eine rechtswidrig ausgereichte Beihilfe wird dem begünstigten Unternehmen im Wettbewerb eine vorteilhafte Stellung verschafft. Zwangsläufige Folge ist eine Benachteiligung der Konkurrenten im Wettbewerb, deren eigene Möglichkeiten zum Absatz ihrer Waren oder Dienstleistungen naturgemäß verringert werden, wenn ein konkurrierendes Unternehmen seine eigene Wettbewerbsstellung – hier durch Verwendung der ausgereichten Beihilfe – verbessern kann. Verstößt die Gewährung der Beihilfe gegen geltendes Recht und wird hierdurch ein Schaden Dritter verursacht, stellt sich zwangsläufig die Frage nach Schadensersatzansprüchen des geschädigten Konkurrenten gegenüber dem Beihilfeempfänger, aber auch gegenüber der Beihilfe gewährenden staatlichen Stelle bzw. seinem Träger, <sup>4</sup> unter Umständen aber auch gegen die Beihilfenaufsicht führende Stelle, also die Kommission. <sup>5</sup>

\* Der Autor ist Partner der überörtlichen Kanzlei *Kiethe Rechtsanwälte*, München. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

<sup>1</sup> Entwurf der Kommission eines Anzeigers für staatliche Beihilfen vom 20. 4. 2004, KOM (2004) 256 endg. Zu den Bestrebungen, Beihilfen abzubauen, beispielsweise durch den neuen multisektoralen Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben (ABIEG 2002, C 70, S. 8) bzw. seiner Vorgängerregelung (ABIEG 1998, C 107, S. 7) siehe jüngst *Soltész*, EWS 2004, 241 ff.

<sup>2</sup> Seit dem 1. 5. 2004 gehören Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern der EU an.

<sup>3</sup> Vgl. *Núñez/Müller*, FAZ v. 2. 6. 2004, 25 („Riskante Investitionen im Osten“).

<sup>4</sup> Der Aufsatz stellt die Rechtslage unter Anwendung der deutschen Rechtsordnung dar.

<sup>5</sup> Siehe zur ähnlichen Problematik bei den Art. 81 f. EG *Eilmansberger*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 81 EGV Rdnr. 105 ff.; *Mäsch*, EuR 2003, 825 ff.; sowie die VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABIEG 2003, L 1, S. 1) und die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags.